



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **7/2013**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 14 de enero de 2013, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Fuente Álamo, mediante oficio registrado el día 18 de diciembre de 2012, sobre resolución del contrato de gestión de la Residencia de Personas Mayores "*San Agustín de Fuente Álamo*" (expte. **412/12**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 16 de enero de 2006, el Patronato de la Fundación "*Residencia San Agustín de Fuente Álamo*", constituida por el Ayuntamiento de esa localidad en escritura de 26 de julio de 2004 (previo acuerdo en tal sentido de su Pleno, de fecha 27 de mayo anterior, en el que, entre otros extremos, acordó "*la prestación del servicio público de atención y cuidado de las personas de la tercera edad del Municipio de Fuente Álamo y, especialmente, la gestión de la Residencia de personas mayores denominada San Agustín de Fuente Álamo, a través de la Fundación*" citada), adjudicó definitivamente a la mercantil "--" el contrato de gestión de la referida Residencia, por un plazo de 10 años a contar desde la firma del contrato, que se produjo el 27 de marzo de 2006.

SEGUNDO.- En informe de 14 de diciembre de 2011, el patrono de la Fundación e Interventor del Ayuntamiento, expresó, en síntesis, que la contratista había incurrido en determinados incumplimientos contractuales, que detallaba, relativos a la falta de pago al personal de la Residencia y a determinados suministradores, por importe total de 150.681,90 euros, cuando los ingresos anuales estimados para la empresa, derivados del contrato, ascenderían a 389.582,52 euros, según el Anexo a dicho informe, y que la contratista se encontraba en situación concursal, circunstancias que, conforme a lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato (PCAP) y la normativa de contratación administrativa aplicable, consideraba justificativas para acordar la resolución del referido contrato por incumplimiento del contratista.

TERCERO.- El 21 de diciembre de 2011, el Patronato de la Fundación, a la vista del anterior informe, y a propuesta de su Presidenta, acordó iniciar procedimiento para la resolución del contrato por culpa de la contratista, por su incumplimiento grave de obligaciones contractuales esenciales y por la declaración de concurso de aquélla, advirtiendo que la eventual resolución del contrato por culpa de la contratista conllevaría la incautación de la garantía definitiva, todo ello al amparo de determinados preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). Asimismo, en dicho acuerdo se otorgó un trámite de audiencia y vista del expediente a la contratista y a la entidad avalista, por un plazo de diez días naturales.

CUARTO.- El 5 de enero de 2012 la contratista presentó escrito en el que, entre otros extremos, se opone a la resolución del contrato y, subsidiariamente, a la resolución del contrato por su culpa. En síntesis, alega, por lo que se refiere a los incumplimientos contractuales, que los únicos que admite son la falta de pago a determinados proveedores (menos de los expresados en el informe del patrono e Interventor Municipal), y sólo por un importe de 10.527, 54 euros, incumplimiento que justifica por la improcedente retención por el Ayuntamiento (visto el artículo 58 de la Ley Concursal), desde octubre de 2011, del pago a la empresa de determinadas cantidades (diminantes de subvenciones mensuales otorgadas al mismo por el IMAS), las cuales, aun descontando de ellas lo que anteriormente se reconoce adeudado a proveedores, arrojaría un saldo a su favor de más de 51.000 euros; añade, además, que los usuarios del servicio han dejado de pagar a la empresa determinadas cantidades (en concreto, hasta el momento, 14.020,98 euros) por los servicios que ésta les presta, para pagarlas directamente al Ayuntamiento, al parecer por indicación de éste, lo que asimismo alega que es improcedente; por lo que se refiere a la declaración de concurso efectuada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia el 9 de diciembre de 2011, alega que tal circunstancia no es, por sí misma, causa de resolución contractual, y menos por culpa del contratista, según reiterada jurisprudencia y doctrina, debiendo acreditarse en todo caso que la empresa ha incurrido en un incumplimiento muy grave de sus obligaciones contractuales, lo que no puede entenderse producido con la mera declaración de concurso.

QUINTO.- El 11 de enero de 2012, el administrador concursal de la empresa presentó escrito en el que, en síntesis, expresa que se adhiere a las alegaciones formuladas por aquélla; que no cabe compensación entre las cantidades facturadas y los gastos imputables a la empresa, debiendo "*transmitir*" la Fundación, a través del referido Juzgado, los créditos que tenga a su favor, tanto concursales como contra la masa; asimismo, requiere a dicha Fundación para que ingrese en determinada cuenta bancaria las cantidades pendientes de pago a favor de la empresa que ésta cobraba a los usuarios del servicio y que, según afirma, la Fundación "*ha recaudado directamente*".

SEXTO.- El 15 de febrero de 2012 el Patronato de la Fundación acordó remitir el expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen.

SÉPTIMO.- Mediante Acuerdo nº 8/2012, de 5 de marzo, este Consejo Jurídico requirió al órgano consultante para que subsanase determinadas deficiencias advertidas en el expediente y lo completara con la aportación del preceptivo informe jurídico y la propuesta de resolución, objeto del Dictamen, que culminase la tramitación realizada.

OCTAVO.- A requerimiento del Patronato, el 24 de abril de 2012 el Secretario de la Fundación emitió informe en el que, en síntesis, expone la normativa aplicable al contrato, las causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos y las causas particulares de resolución del que nos ocupa, así como el procedimiento aplicable.

NOVENO.- Remitido por el Ayuntamiento en su día a este Consejo Jurídico parte de la documentación requerida, el 4 de junio de 2012 éste emitió su Dictamen nº. 138/2012 en el que concluía que procedía declarar la caducidad del procedimiento de resolución objeto de Dictamen, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar uno nuevo con el mismo objeto, e incorporar al mismo las actuaciones pertinentes obrantes en el procedimiento caducado.

DÉCIMO.- Sin perjuicio de otros antecedentes, se destaca ahora que el 17 de octubre de 2012 el Patronato de la referida Fundación acordó iniciar un nuevo procedimiento con el objeto de resolver el contrato de referencia por

diversos incumplimientos culpables del contratista y por su declaración concursal, según motivación contenida al efecto (incorporando más tarde al expediente la documentación obrante en el procedimiento anterior, que había sido declarado caducado por dicho Patronato el 21 de junio de 2012, fecha en que se inició un nuevo procedimiento al efecto, que fue asimismo declarado caducado el 2 de octubre de 2012).

UNDÉCIMO.- El 23 de octubre de 2012, el Patrono-Interventor municipal emitió informe sobre abonos efectuados por la Fundación por cuenta de la concesionaria, con el conocimiento y autorización del Administrador Concursal, para el funcionamiento ordinario de la Residencia, debido al impago por aquélla de diversas obligaciones con su personal y proveedores. A dicho informe adjunta un Anexo de documentos acreditativo de tales abonos y otra documentación relativa al contrato de referencia.

DUODÉCIMO.- Mediante oficios de 6 de noviembre de 2012 se otorgó a la concesionaria y a su Administrador Concursal un trámite de audiencia y vista del expediente, compareciendo la concesionaria a tal efecto el 15 de noviembre siguiente, obteniendo copia de diversa documentación del mismo.

DECIMOTERCERO.- El 19 de noviembre de 2012, la concesionaria y el citado Administrador presentan un escrito de alegaciones conjunto, en el que, en síntesis, expresan, como motivos de oposición a la resolución del contrato de referencia, los siguientes: 1º) que la declaración concursal no impone "*per se*" la resolución del contrato administrativo; 2º) que, en todo caso, existe corresponsabilidad de determinadas Administraciones Públicas (entre las que no consigna al Ayuntamiento de Fuente Álamo) en la declaración de concurso, pues le adeudan más de un millón de euros; 3º) la retención y apropiación municipal indebida de diversos ingresos propios de la concesión (subvención del IMAS y precios a abonar por los usuarios del servicio), por la vía de rescate o gestión directa del servicio sin previa resolución administrativa; 4º) que, respecto del impago de nóminas, ello sólo alcanzaba a la del mes de octubre de 2011, por importe de 15.790,72 euros, y fue debido a la indicada improcedente retención municipal de ingresos (subvención del IMAS) de la concesión; y respecto a los impagos a proveedores, se debían a dicha improcedente retención y apropiación municipal de ingresos y gestión directa de la concesión; 5º) desde septiembre de 2011 a octubre de 2012, las cantidades a abonar por el contrato ascienden a 421.821,32 euros, habiendo pagado la Fundación sólo 245.522,58 euros; 6º) indefensión, por no obrar en el expediente las facturas impagadas por la empresa y abonadas por la Fundación. Solicita que se incorporen al expediente los documentos acreditativos de las transferencias municipales realizadas a la empresa desde agosto de 2011 hasta el presente, y las facturas a que se refiere el citado informe del Patrono-Interventor municipal.

DECIMOCUARTO.- El 29 de noviembre de 2012 el instructor del procedimiento formula una propuesta de resolución, que se sintetiza así:

I. En cuanto a la contestación a las alegaciones de la concesionaria:

- La alegación primera debe desestimarse, por cuanto la declaración de concurso de --, debido a la situación de insolvencia de la misma, supone incurrir en la causa de resolución establecido en el artículo 111 TRLCAP, aplicable al contrato de referencia

- La alegación segunda debe desestimarse, por cuanto la situación de insolvencia de -- no se debe en ningún caso a la actuación de la Fundación, que ni siquiera aparece entre las Administraciones Públicas deudoras de la citada contratista, según el Informe del Administrador Concursal que se acompaña al escrito de alegaciones como

Documento nº 1. La situación de insolvencia declarada respecto de -- no puede en ningún caso atribuirse a la Fundación, la cual ha obrado con absoluta diligencia en cuanto a la transferencia de los fondos destinados al mantenimiento de plazas de la Residencia, como consta acreditado en el Anexo de documentos contables del Informe del Patrono-Interventor municipal que constituye el Documento nº 4 del expediente, en cuyo Anexo 3 se contiene copia de los movimientos bancarios de ingresos y pagos relativos a la última transferencia recibida del IMAS con destino a la Residencia, antes de la declaración de concurso de --, correspondiente al mes de agosto de 2011, pudiendo comprobarse en dichos apuntes bancarios que no ha tardado ni quince días entre que se recibieron del IMAS los fondos hasta que se transfirieron a --. Por lo que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales respecto de los gastos de personal, servicios y suministros a la Residencia San Agustín de Fuente Álamo no puede ser imputado en ningún caso a la Fundación, que ha cumplido de forma ordenada y diligente sus obligaciones respecto de --, sino a la mala gestión del contratista declarado en concurso.

- La tercera alegación debe ser desestimada, ya que no existe la apropiación indebida de recursos financieros destinados a la gestión de la Residencia que denuncia --. En efecto, todos los pagos efectuados respecto del personal y facturas de los proveedores y suministradores de la Residencia cuentan con la autorización del Administrador Concursal, lo cual queda acreditado con la Certificación aportada por la propia alegante como Documento nº 3 de su escrito, quedando igualmente justificado por los movimientos de la cuenta corriente de la Fundación, que han sido incorporados al expediente como Documento 12, que, desde la declaración de concurso, todos los ingresos generados por la Residencia, tanto los procedentes del IMAS como los provenientes de los usuarios de la misma se han destinado única y exclusivamente al pago de nóminas de personal, servicios y suministros necesarios para el funcionamiento de dicho Centro asistencial.

- La cuarta alegación debe ser desestimada. Consta acreditado en el expediente, porque así lo reconoce la propia --, que con anterioridad a la declaración de concurso se habían producido impagos tanto de nóminas del personal adscrito a la Residencia como de facturas de proveedores y de la empresa suministradora de energía eléctrica de dicho Centro, tal y como se refleja en los folios 3 y 4 del escrito de alegaciones presentado por -- en el anterior expediente de resolución contractual, incorporado al presente como Documento h).

Igualmente consta acreditado en el expediente (Informe de Intervención incorporado como Documento f) del anterior expediente de resolución contractual) que, a fecha 14 de diciembre de 2011, es decir, coincidiendo con la declaración de concurso de --, se encontraban impagadas las nóminas de septiembre, octubre y noviembre de 2011, y que en este incumplimiento contractual anterior a la declaración de concurso nada tiene que ver la Fundación, puesto que la misma -- aporta como Documento nº 2 de su escrito de alegaciones copia de la carta remitida por la Fundación a los usuarios indicando la nueva cuenta corriente donde efectuar sus ingresos, la cual está fechada el 25 de noviembre de 2011, es decir, cuando ya se había producido el impago de la nómina de octubre.

También constan acreditados los impagos a los proveedores de la residencia, que -- no niega, limitándose a manifestar que tales incumplimientos contractuales derivan del "*secuestro absoluto de ingresos*" y de la "*gestión directa*" realizada por la propia Fundación Residencia San Agustín de Fuente Álamo y Ayuntamiento de dicha localidad. Pero ha quedado acreditado en el expediente la diligencia de la Fundación en la transferencia de los fondos a --, reflejándose en el Anexo de documentos contables del Informe del Patrono - Interventor municipal, que constituye el Documento nº 4 del expediente, ANEXO 3, copia de los movimientos bancarios de ingresos y pagos relativos a la última transferencia recibida del IMAS con destino a la Residencia antes de la declaración de concurso de --, correspondiente al mes de agosto de 2011, pudiendo comprobarse que entre que se recibieron los fondos procedentes del IMAS y se efectuó la transferencia de fondos a -- transcurrieron menos de quince días, situación que se ha repetido en las restantes transferencias efectuadas a favor de dicho contratista.

Estos impagos de nóminas del personal y de proveedores y suministradores de la residencia, constituyen incumplimientos contractuales del contratista, realizados de forma culpable, que llevan aparejada la resolución del contrato en virtud de los siguientes fundamentos jurídicos, extraídos del Pliego de Condiciones que rigió la adjudicación efectuada a favor de --:

- La Cláusula 14.1 del Pliego de Condiciones referido obliga al contratista a soportar los gastos derivados de la gestión de la residencia, conforme a lo dispuesto en el mismo Pliego.
- La Cláusula 14.9 de la misma norma contractual considera obligación del contratista garantizar que los suministros y servicios que se presten en la Residencia, especialmente el suministro de alimentos, lo sean en las debidas condiciones y requisitos higiénico - sanitarios y de calidad.
- La Cláusula 14.11 considera obligación del contratista cumplir las obligaciones laborales respecto del personal empleado en la residencia, así como las de Seguridad Social.
- La Cláusula 17.2, a) considera falta grave del contratista no prestar el servicio del modo dispuesto en el Pliego, contrato que se formalice u órdenes del servicio.
- La Cláusula 17.2, h) considera falta grave no pagar, en los plazos previstos, a las empresas suministradoras, los suministros de agua, energía eléctrica o cualquier otra necesaria para la explotación del servicio.
- La Cláusula 18.1, a) considera causa de resolución del contrato las señaladas en el art. 167, en relación con el 168 y 169, TRLCAP.
- La cláusula 18.1,b) considera causa de resolución del contrato el incumplimiento por el contratista de las obligaciones que se le imponen en la Cláusula 17, apartado 2, extremos a), b), d), f), h) y j) del indicado Pliego.

- La quinta alegación debe ser también desestimada. No ha habido ni la retención ilegal ni la apropiación ilícita de fondos destinados a financiar los servicios prestados en la Residencia, que pretende la alegante, ya que, como ha quedado acreditado en el expediente, y así viene a reconocerlo la propia -- en diversos extremos de su escrito, con dichas recursos se abonan las nóminas del personal de la contratista adscrito a la Residencia, así como también a los proveedores de servicios y suministros necesarios para el funcionamiento de la Residencia, entre ellos los que dejó desatendidos el contratista con anterioridad a su declaración de concurso, y que motivan, además de dicha situación procesal, el presente expediente de resolución contractual.

También ha quedado acreditado que todas estas operaciones cuentan con autorización del Administrador Concursal, en uso de las facultades de su cargo, según certificación del mismo que ha sido aportada por -- en su escrito de alegaciones.

Y por último, se ha probado mediante la relación de movimientos bancarios de ingresos y pagos en la cuenta de la Fundación, incorporada al expediente como Documento 12, que los fondos provenientes tanto de la subvención recogida en el Convenio con el IMAS como los ingresos de los residentes por los servicios que se les prestan, han sido destinados en su totalidad a financiar los gastos de personal y servicios y suministros de la Residencia San

Agustín de Fuente Álamo, con lo que en ningún momento se ha producido esa situación irregular de la que viene acusando -- a la Fundación.

- Finalmente, la alegación sexta también debe desestimarse por carecer absolutamente de justificación la indefensión aducida por --, por no haberse incorporado al expediente, en su opinión, los justificantes de los pagos efectuados al personal adscrito a la Residencia y a los proveedores que han prestado servicios o realizado suministros para el adecuado funcionamiento de la misma, ya que en el Anexo de documentos contables del Informe del Patrono - Interventor municipal que constituye el Documento nº 4 del expediente se ha incorporado como Anexo 1 relación de los pagos efectuados por la Fundación con autorización de la Administración Concursal, acompañando los documentos justificativos de tales pagos, sin que en la comparecencia ante el Sr. Instructor efectuada en fecha 15 de noviembre de 2012, -- solicitara examinar dicha documentación, que estaba puesta de manifiesto junto con el resto del expediente, ni recibir copia de la misma, todo ello pese a saber que los referidos documentos justificativos constaban en el expediente, por así venir reflejado en la Providencia del Sr. Instructor de fecha 31 de octubre de 2012, (Documento 7 del expediente), la cual fue puesta en conocimiento tanto del Administrador Concursal como de -- (Documentos 8 y 9 del Expediente). Por ello, al no existir la indefensión argumentada en esta alegación sexta, debe ser desestimada.

A partir de lo anterior, la referida propuesta concluye que la sanción por los incumplimientos cometidos con infracción de la Cláusula 17.2, apartados a) y h) del Pliego será la resolución del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 18.1.b) del Pliego de Condiciones, conforme a la cual será causa de resolución del contrato el incumplimiento por el contratista de las obligaciones que se le imponen en la Cláusula 17, apartado 2, extremos a), b), d), f), h) y j) del indicado Pliego. Se aprecia culpabilidad del contratista en las infracciones cometidas, con las consecuencias contractuales inherentes a esta declaración.

DECIMOQUINTO.- En la fecha y por el órgano expresado en el encabezamiento del presente se solicitó de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo informe, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento de resolución de un contrato administrativo en el que se ha formulado oposición del contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 109 RGLCAP y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

I. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, se advierte la falta de la preceptiva y esencial audiencia de la entidad avalista, interesada en la resolución del procedimiento por cuanto la propuesta de

resolución postula la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, lo que, conforme con lo establecido en el artículo 113.4 TRLCAP, aplicable al contrato que nos ocupa, determina la pérdida de la garantía prestada por el contratista (art. 46.2 TRLCAP).

A tal efecto, es claro que no puede considerarse suficiente el hecho de que el Ayuntamiento hubiera requerido del Administrador concursal el resultado de las gestiones llevadas a cabo por aquél ante el Registro Central de Avals para recabar datos sobre el aval prestado en su día por la concesionaria y que dicho Administrador no hubiera contestado. En el oficio dirigido al efecto por el Ayuntamiento (f. 35 exp.) no se indican las razones de tal requerimiento, pero debe partirse, en principio, de que la Administración municipal tiene en su poder el aval y, por tanto, conoce la identidad del avalista, por lo que la averiguación de su domicilio a efectos de notificarle el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente podía haber sido realizada dirigiéndose al organismo público encargado del otorgamiento de las autorizaciones administrativas para operar como entidad avalista a los presentes efectos, y a las que se refiere el artículo 56.2,c) RGLCAP. Y si el Ayuntamiento no dispusiera del aval, habría de requerir igualmente al citado organismo público sobre el número de referencia de dicho aval, y obrar en consecuencia.

Por todo ello, procede retrotraer el procedimiento a la fase anterior al otorgamiento del preceptivo trámite de audiencia a la entidad avalista, a fin de practicar las actuaciones oportunas tendentes a su realización (y, en su caso, si así fuere necesario, a la localización del correspondiente aval), tras lo cual deberá remitirse nuevamente el expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto.

II. Por otra parte, conviene recordar que, iniciado el presente procedimiento el 17 de octubre de 2012, su plazo de caducidad de tres meses quedó suspendido el 30 de noviembre siguiente, fecha en que, según el acta extendida al efecto, el Patronato de la Fundación encargada de la gestión del contrato acordó tal suspensión por tener que recabarse el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico; dado que en tal fecha restaban 49 días naturales para que venciera el citado plazo (contado de fecha a fecha), debe tenerse en cuenta que, a la recepción del presente Dictamen volverá a discurrir tal plazo, que sólo se volverá a interrumpir cuando se acuerde nuevamente su suspensión por tener que recabar el Dictamen de este Consejo Jurídico. También debe tenerse en cuenta que la interrupción del plazo de caducidad por tal causa no puede exceder de tres meses, según establece el artículo 42.5, c) LPAC, lo que deberá ser tenido en cuenta por el órgano consultante para proceder con la mayor celeridad posible a la averiguación del domicilio de la entidad avalista y para practicarle la debida notificación del trámite de audiencia antes indicado.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede retrotraer las actuaciones para proceder a la notificación a la entidad avalista del preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, en este momento, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto pretende la resolución del contrato por culpa del contratista y demás consecuencias legales inherentes a dicha resolución, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.S. resolverá.

